

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/191850>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-01 and may be subject to change.

De lagere rechter aan banden. Is er nog ruimte voor de lagere rechter om te verwijzen naar het HvJ?

73

J. Krommendijk*

Dit artikel bespreekt de rol van lagere rechters ten opzichte van de hoogste rechters voor wat betreft verwijzen naar het HvJ, op basis van interviews met (lagere) rechters en een juridische analyse. De meeste lagere en hoogste rechters vinden dat het primaat om te verwijzen bij de hoogste ligt, zoals ook blijkt uit aanbevelingen van het LOVB(eL). Dit artikel bespreekt zes argumenten voor en tegen dit primaat en concludeert vervolgens dat de lagere rechter zich niet terughoudender moet opstellen.

De laatste jaren is er in Nederland veel te doen geweest over de manier waarop lagere rechters gebruik maken van de mogelijkheid om vragen over de uitleg en geldigheid van het EU-recht te stellen aan het HvJ. Zo speelde er in 2012 een conflict tussen een Middelburgse Rechtbank en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in *YS*. In deze zaak twijfelde een Middelburgse enkelvoudige kamer aan de conformiteit met de Privacyrichtlijn van uitspraken van de Afdeling over het inzagerecht van asielzoekers in hun 'minuten'.¹ Een rechter die niet bij deze zaak betrokken was, kwalificeerde de gang van zaken als 'een dieptepunt' aangezien de betrokken colleges elkaar onderling de loef probeerden af te steken.² Dit werd kort daarna gevolgd door een vergelijkbare affaire in het socialezekerheids-

recht waarbij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch twijfelde aan het oordeel van de Hoge Raad dat sprake was van een *acte clair* wat betreft de status van E 101-verklaringen in een socialezekerheidskwestie.³ Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch wist niet dat de Hoge Raad op dat moment nog een vergelijkbare zaak had lopen (*Van Dijk*), waarin de Hoge Raad kort daarna eveneens verwees, uitgelokt door de Bossche verwijzing in *X*. De Hoge Raad wist ook niet van de Bossche zaak en het voornemen om te verwijzen.⁴ Deze twee zaken waren mede aanleiding om in de context van het Landelijke Overleg Voorzitters sectoren Bestuursrecht en Belastingrecht (LOVB en LOVB(eL)) te spreken over de vraag welke rechter er eigenlijk (als eerste) aan zet is als het gaat om verwijzen. Uiteindelijk is een aantal aanbevelingen uitgebracht waarin duidelijk wordt gesteld dat vragen 'bij voorkeur' door de hoogste rechter worden gesteld.⁵ Deze vaststelling lijkt ook overeen te komen met de Nederlandse verwijzingspraktijk die duidelijk naar voren komt als Nederland wordt vergeleken met andere EU-lidstaten wat betreft het aantal verwijzingen door lagere rechters op het totale aantal verwijzingen. Nederland staat namelijk onderaan met nog geen 34% dat door lagere rechters wordt verwezen. Alleen in Litouwen en Finland is dit net nog iets lager, terwijl in 11 lidstaten, waaronder België, Frankrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk, meer dan 70% van de verwijzingen door lagere rechters wordt gedaan.⁶ Er is al vaak gememoreerd dat het in veel gevallen juist de verwijzingen van lagere rechters zijn die hebben geleid

* Jasper Krommendijk is Universitair Docent Europees Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Deze publicatie maakt deel uit van het onderzoeksproject 'It takes two to tango. The preliminary reference dance between the Court of Justice of the European Union and national courts' (2017-2021) dat door het NWO gefinancierd is op basis van een Veni-beurs.

1 Een minuut is een intern voorbereidend stuk dat geen deel uitmaakt van het uiteindelijke besluit; HvJ EU 14 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081 (*YS*). Voor een bespreking, zie J. Krommendijk & M. Loth, *Europese rechter in gesprek; Verhalende annotaties*, Den Haag: Bju 2018, p. 40-48.

2 Interview 22.

3 Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:248 (*X*).

4 Interessant genoeg vermeldde het gerechtshof in zijn verwijzing niet de eerdere uitspraak van de Hoge Raad. Het idee hierachter was dat zij niet de Hoge Raad wilden 'afserveren' door uitdrukkelijk aan te geven dat zij het oneens waren met de uitspraak. HvJ EU 9 september 2015, gevoegde zaken C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564, *JB* 2015/167, m.nt. Beijer & Krommendijk, *BNB* 2015/230, m.nt. Kavelaars (*X* en *Van Dijk*).

5 Memo van Sandra van 't Hof, 'Werkwijze stellen van prejudiciële vragen', 12 juni 2013; 'Aanbeveling: Stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie binnen het bestuursrecht', ongedateerd; 'LOVB(eL): Werkwijze stellen van prejudiciële vragen', 16 maart 2015.

6 C. Mak, E. Mak & V. Mak, 'De verwijzende rechter. Rechtspolitieke verandering via prejudiciële vragen van lagere rechters aan het Europese Hof van Justitie', *NJB* 2017/1329; Prechal e.a. kwamen in 2005 tot 40% voor de periode 1952-2003. Prechal e.a., *Europeanisation of the Law: Consequences for the Dutch Judiciary*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2005, p. 25.

tot de meest baanbrekende HvJ-uitspraken, zoals bijvoorbeeld *Costa ENEL*, *Simmenthal* of *Francovich*.⁷

Deze inleiding roept de vraag op hoe het zit met de mogelijkheden voor lagere rechters om te verwijzen. Hoewel het juridisch kader duidelijk is, is er nog maar weinig bekend over de manier waarop en de redenen waarom lagere rechters in de praktijk gebruik maken van hun mogelijkheid om te verwijzen op grond van art. 267 lid 2 VWEU.⁸ In dit artikel staat de vraag centraal wat de rol van lagere rechters is ten opzichte van de hoogste rechter als het gaat om verwijzen naar het HvJ. Om deze centrale vraag te beantwoorden zullen de volgende aspecten aan bod komen. Allereerst zullen de verschillende ideeën bij lagere rechters worden besproken ten aanzien van hun rol en de mogelijkheid om te verwijzen ten opzichte van de hoogste rechter (paragraaf 1). Vervolgens zal worden ingegaan op de manier waarop de hoogste rechter de rol van de lagere rechters ziet en hoe dat tot uitdrukking komt in de eerdergenoemde aanbevelingen van het LOVB en LOVBEL (paragraaf 2). Daarna zal een zestal argumenten voor en tegen het verwijzen door de hoogste rechter worden besproken die tijdens interviews en in uitspraken zijn genoemd (paragraaf 3). Als laatste wordt kort gereflecteerd vanuit een meer normatief perspectief op de vraag of het terecht is dat het primaat om te verwijzen bij de hoogste rechter ligt, omdat lagere rechters wellicht vaker onnodig en minder onderbouwd verwijzen (paragraaf 4).

Om de hiervoor genoemde vraag te beantwoorden zijn alle 28 zaken die door rechtbanken en gerechtshoven verwezen zijn in de periode 1 januari 2013 tot en met

31 december 2016 onder de loep genomen (zie tabel 1). Voor dit artikel zijn de verwijzingen van de Internationale Rechtshulpkamer (IRK) van de Rechtbank Amsterdam niet meegenomen, omdat de IRK op grond van de Overleveringswet exclusieve rechtsmacht geniet om zich bezig te houden met het Europees arrestatiebevel en in deze zaken niet alleen de rechter in eerste aanleg maar tevens in laatste aanleg is.⁹ Bij bestudering van de verwijzingsuitspraken is met name gekeken naar de verantwoording van het besluit om te verwijzen. Tegelijkertijd zijn voor dezelfde periode alle uitspraken van lagere rechters bekeken waarin expliciet is gesteld dat er geen reden is om te verwijzen.¹⁰ Daarnaast is, waar mogelijk, ook gebruik gemaakt van zaken waarover in de literatuur wordt gesteld dat die verwezen hadden kunnen of moeten worden, maar waar in de uitspraak zelf geen aandacht aan is besteed.¹¹ Naast deze juridische analyse zijn interviews afgelegd met 22 rechters en gerechtelijke medewerkers bij rechtbanken en gerechtshoven die wel en niet hebben verwezen.¹² Om deze interviews te doen is vooraf toestemming verkregen van de Raad voor de rechtspraak. Om de anonimiteit van de geïnterviewde personen te garanderen wordt de identiteit niet onthuld.¹³ Ter staving van de resultaten uit deze 22 interviews is ook gebruik gemaakt van een verslag van Van Alphen op basis van 12 interviews in 2017 met vreemdelingen- en belastingrechters bij rechtbanken, waarvan er 9 niet voor dit onderzoek zijn geïnterviewd.¹⁴

7 Vgl. C. Timmermans, 'EU prejudiciële vragen van lagere nationale rechter mogelijk blijk van rechterlijk activisme', *NJB* 2017/1856.

8 Voor andere overwegingen die een rol spelen bij verwijzingsbeslissingen van lagere rechters, zie J. Krommendijk, 'Van Middelburg tot Almelo; Het hoe en waarom van verwijzen naar het HvJ door lagere rechters' (2018) (*nog niet gepubliceerd*).

9 Voor een bespreking van de zeven verwijzingen van de IRK in 2013-2016, zie Krommendijk & Loth 2018, p. 28-36.

10 Daarvoor is op Rechtspraak.nl gezocht op 'prejudiciële vragen', '267 VWEU' en 'Cilfit' voor de periode 1-1-2013 t/m 31-12-2016.

11 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1154, *NTFR* 2016/972, *V-N* 2016/30.26; Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9806, *NTFR* 2017/416, m.nt. Koubia.

12 Het gaat om acht belastingrechters (vier raadsheren in drie van de vier gerechtshoven en vier rechters van drie van de vijf rechtbanken), waarvan er vier meerdere prejudiciële verwijzingen hebben gemaakt; vier vreemdelingenrechters, waarvan er drie een of meerdere zaken hebben verwezen, naast twee (eerder meegetelde) belastingrechters die (kort) vreemdelingenrecht hebben gedaan. Ook is één rechter en één gerechtelijk medewerker economisch bestuursrecht geïnterviewd. Verder zijn er zeven civiele rechters geïnterviewd, waaronder één gerechtelijk medewerker, van wie er vier betrokken zijn geweest bij verwijzingen. Tot slot is nog een raadshere strafrecht geïnterviewd die tevens GCE is.

13 Een getal tussen 0 en 100 is willekeurig toebedeeld aan de geïnterviewden om op die manier inzichtelijk te kunnen maken in voetnoten op basis waarvan bepaalde uitspraken worden gedaan. Dergelijke verwijzingen zullen echter alleen worden gemaakt wanneer het niet gaat om concrete zaken, aangezien dan alsnog indirect kan worden nagegaan welke rechter(s) bepaalde uitspraken heeft (hebben) gedaan.

14 T.A.M. van Alphen, 'Het gebruik van de Europese prejudiciële procedure door lagere bestuursrechters. Een empirische studie naar niet-juridische overwegingen' (2017) (*niet gepubliceerd*).

Tabel 1. Overzicht van verwijzingen door lagere rechters, exclusief strafrecht (2013-2016)

Belastingrecht (2)	Civiel recht (13)	(Economisch) strafrecht (1)	Vreemdelingenrecht (5)
C-72/14, X (Hof SHE) C-39/13 t/m C-41/13, SCA Group Holding (Hof AMS)	C-497/13, Faber (Hof ARL) C-227/16, Arts (Hof ARL) C-413/13, FNV Kiem (Hof DHA) C-379/14, TOP Logistics (Hof DHA) C-5/15, Büyüktipi (Hof AMS) C-174/15, Vereniging Openbare Bibliotheken (Rb. DHA) C-230/15, Brite Strike (Rb. DHA) C-163/16, Louboutin (Rb. DHA) C-527/15, Stichting Brein (Rb. MNE) C-126/16, FNV/Smallsteps (Rb. MNE – Kanton) C-523/14, Aannemingsbedrijf Aertssen (Rb. GEL – Kanton) C-257/14, Van der Lans (Rb. AMS – Kanton) C-302/16, Krijgsman (Rb. NNE – Kanton)	C-369/13, Gielen (Rb. OBR)	C-158/13, Rajaby (Rb. ZWO) C-63/15, Ghezelbash (Rb. SHE) C-18/16, O A K (Rb. NHO) C-331/16, K (Rb. MID) C-550/16, A en S (Rb. AMS)
Douane (7)			
C-91/15, Kawasaki (Hof AMS) C-145/16, Aramex (Hof AMS) C-666/15, GoPro (Rb. NHO) C-51/16, Stryker (Rb. NHO) C-323/14, Helm (Rb. NHO) C-571/14, Timberland (Rb. NHO) C-631/16, X (Rb. NHO)			

I. Drie groepen rechters: terughoudende, enthousiaste en middenweg-bewandelende rechters

Uit interviews komen grof gezegd drie verschillende visies naar voren ten aanzien van de rol van de lagere rechter ten opzichte van de hoogste rechter. Ten eerste, lagere rechters die kortweg stelden dat verwijzen geheel aan de hoogste rechter is. Zo stelde een rechter: 'Ik vind gewoon dat prejudiciële vragen daar thuis horen.'¹⁵ Een andere rechter meende daarnaast dat de rol van de eerste feitelijke instantie is om zo veel mogelijk beslissingen te nemen en geschilpunten uit de wereld te helpen.¹⁶ Mocht de lagere rechter twijfels hebben over de benadering van de hoogste rechter, dan moet hij deze rechter maar met hun 'eerste lijnen' 'verleiden' om de benadering aan te passen.¹⁷ Binnen een afdeling belastingrecht bij een gerechtshof wordt er zelfs 'één lijn gehanteerd' en geldt het

'uitgangspunt' dat in beginsel geen prejudiciële vragen worden gesteld ook al is er geen sprake van een *acte clair* of *acte éclairé*.¹⁸ Het gaat hier om een 'afpraak in beginsel' die het resultaat is van een uitgebreid vaktechnisch overleg.¹⁹ Deze terughoudende houding wordt ook expliciet in verscheidene uitspraken vermeld. Zo stelde de Rechtbank Noord-Nederland in een zaak die ging over de termijn voor navorderingsaanslagen inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen dat er 'redelijke twijfel' over de uitlegging mogelijk is, maar dat het niet 'opportuun' zou zijn om 'in dit stadium van het geding, hoewel zij dit wel nadrukkelijk heeft overwogen' vragen te stellen. Zij gaf daarbij aan dat de vraag nog niet geheel is uitgekristalliseerd en dat de 'rechtsstrijd' in hoger beroep zich nog kan ontwikkelen.²⁰ Deze redenering werd in beroep overgenomen door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat stelde dat het geen vragen ging stellen omdat het daartoe niet verplicht is ook al erkende het dat de kwestie 'niet boven iedere twijfel is verheven'.²¹ Het wees daarbij op het feit dat vragen stellen 'meer op de weg van de Hoge Raad ligt'.²² Deze redenering van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft navolging gekregen van de

¹⁵ Quote uit interview 51; interview 14, 29, 51, 55, 62, 58, 74; een belastingrechter erkende dat sommige belastingrechters zo denken. Interview 55.

¹⁶ Interview 74.

¹⁷ Interview 14. Vgl. R9 in Van Alphen 2017, p. 18.

¹⁸ Interview 51.

¹⁹ Interview 51.

²⁰ Rb. Noord-Nederland 26 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6427, r.o. 3.15.

²¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2583, 2586, 2596, r.o. 4.10; zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:596, r.o. 4.13.

²² Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:35, r.o. 4.8; vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8848, r.o. 4.6.

Rechtbank Gelderland.²³ Ook het Gerechtshof 's-Hertogenbosch kwam met een vergelijkbare redenering ten aanzien van een vergelijkbare navorderingskwestie en liet eveneens (de keuze tot) het stellen van vragen aan de Hoge Raad, mede ook omdat andere feitenrechters de kwestie anders hadden besloten waardoor te verwachten viel dat er cassatie zou worden ingesteld bij de Hoge Raad.²⁴ Uiteindelijk is deze kwestie inderdaad door de Hoge Raad aan het HvJ voorgelegd.²⁵ Naast deze navorderingszaken wordt deze transparante benadering niet tot nauwelijks toegepast.

Ten tweede zijn er andere lagere rechters die tijdens interviews benadrukten dat lagere rechters, zeker ook vanuit het perspectief van het EU-recht, een belangrijke verantwoordelijkheid hebben om te verwijzen en juist kunnen bijdragen aan rechtsontwikkeling.²⁶ Sommigen wezen daarbij nadrukkelijk op het feit dat het HvJ lagere rechters juist zou aansporen om vragen te stellen.²⁷ Voor deze rechters, anders dan die in de – hierna te bespreken – derde groep, hoeft er niet te worden gewacht op een oordeel van de hoogste rechter voordat verwezen kan worden.²⁸ In deze groep zit ook een aantal begeesterde verwijzers met enthousiasme voor EU-recht.²⁹ Rechters zullen dit misschien niet zo snel over zichzelf zeggen, maar wel over hun collega's. Zo stelden twee rechters dat er bij andere gerechten individuele rechters de drijvende kracht achter vragen waren en dat zulke rechters misschien willen 'shinen' en 'kicken' op vragen stellen, ook vanwege carrièreoverwegingen.³⁰ In deze groep zit ook een aantal 'activistische' rechters die de prejudiciële procedure aangrijpen om de nationale juridische hiërarchie te omzeilen ('leapfrog') om jurisprudentie van de hoogste rechter, waar de lagere rechter aan twijfelt, gecorrigeerd te zien door het HvJ.³¹ Een uitspraak van het HvJ kan namelijk als ruggensteun dienen en voorkomen dat de hoogste rechter dit vervolgens weer teruggedraait. Een geïnterviewde vreemdelingenrechter stelde bijvoorbeeld over de Afdeling: 'Ik heb al heel lang een vieze smaak van wat de appelrechter (...) doet in relatie tot het Unierecht. Daarom wil ik graag verwijzen.'³² Deze rechter er-

kende ook dat zijn/haar behoefte om te verwijzen kleiner zou zijn als de hoogste rechter 'goed' was.³³ Verscheidene verwijzingen kunnen vanuit dit perspectief verklaard worden, met name in vreemdelingenzaken. Een voorbeeld van een leapfrog-zaak is de in de inleiding genoemde zaak YS uit 2012. In maar liefst vier van de vijf verwijzingen door lagere vreemdelingenrechters in 2013-2016 plaatste de rechtbank expliciet vraagtekens bij de uitlegging van het Unierecht door de Afdeling.³⁴ In *Rajaby* wilde de Rechtbank Zwolle bijvoorbeeld een bevestiging van het HvJ van een 'niet terughoudende' uitleg die afweek van de restrictievere uitleg van de Afdeling.³⁵ In *K* twijfelde de Rechtbank Middelburg aan de uitleg van de Afdeling van art. 27 lid 2 van de Burgerschapsrichtlijn. Zij plaatste nadrukkelijk vraagtekens bij de overweging van de Afdeling dat het toekomstig gedrag van 1F'ers niet hoeft te worden meegenomen en dat deze persoon ongewenst kan worden verklaard aangezien zijn aanwezigheid een dreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving oplevert.³⁶

Een derde groep rechters staat niet geheel onwelwillend tegenover verwijzen, maar volgens de meeste rechters in deze groep is het wel eerst aan de hoogste rechter om zich over een kwestie te buigen voordat de lagere rechter toekomt aan de vraag of er verwezen dient te worden. Zo stelde een geïnterviewde dat er een idee is van 'Nee, tenzij...' onder het mom van 'in beginsel verwijs je gewoon niet' als lagere rechter.³⁷ Sommige rechters stelden daarnaast ook dat zij niet om een verwijzing heen konden aangezien het bijvoorbeeld ging om een geldigheidsvraag of onduidelijkheden in een EU-regeling of in de rechtspraak van het HvJ.³⁸ Een vreemdelingenrechter die meerdere zaken heeft verwezen vroeg zich bijvoorbeeld meer pragmatisch af hoe de lagere rechter tot een goed oordeel kan komen als het aan de hoogste rechter is om te verwijzen.³⁹ De rechters in de derde groep stelden dat de hiërarchie moet worden gerespecteerd en erkenden ook vaker dat de hoogste rechter niet moet worden gepasseerd of voor de voeten moet worden gelopen en zij stelden dat een situatie zoals in *X* en *Van Dijk* 'niet fijn' is

23 Rb. Gelderland 20 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1823, r.o. 4.8.

24 Hof 's-Hertogenbosch 19 december 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:6140, r.o. 4.23.

25 HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:913 (HvJ EU, C-317/15).

26 Interview 93, 55, 39.

27 Interview 39, 83, 93. Sommige rechters beschouwen zichzelf ook als 'Unierechter'. R4 en R5 in Van Alphen 2017, p. 18-19.

28 Een rechter erkende dat sommigen er zo over kunnen denken. Interview 83. Van Alphen verwijst ook naar R6, 7 en 9 die stellen dat er verwezen kan worden ook al heeft de Afdeling (of de CRvB) zich er nog niet over uitgelaten, mede ook omdat de verwachting is dat de Afdeling niet op de kwestie ingaat of niet zal verwijzen. Van Alphen 2017, p. 20.

29 Interview 93.

30 Deze rechters zeiden over zichzelf dat zij klantgericht zijn ingesteld (51) en niet zo'n geldingsdrang hebben en er nuchterder in staan (25). Interview 25, 51.

31 K. Alter, 'Explaining national court acceptance of European Court jurisprudence: A critical evaluation of theories of legal integration', in: A-M. Slaughter, A. Stone-Sweet & J. Weiler (red.), *The European Courts and National Courts*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 225-250; Mak e.a., *NJB* 2017/1329.

32 Interview 39. Van Alphen verwijst ook naar R7 die heeft verwezen en stelde: 'Wij wilden het antwoord niet via de Afdeling krijgen. De Afdeling is hier gewoon bewust gepasseerd.' Een gang naar Afdeling was namelijk een 'doodlopende route'. Van Alphen 2017, p. 21.

33 Interview 39. Zie ook R7 in Van Alphen 2017, p. 21.

34 Zie bijv. Rb. Den Haag 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12824, r.o. 5.2 (*A en S*); zie recentelijk ook Rb. Den Haag 26 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:872, 873, r.o. 10.

35 Rb. Den Haag 22 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ5462, r.o. 2.5.5 (*Rajaby*).

36 Rb. Den Haag 9 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6389, r.o. 19 (*K*).

37 Interview 73.

38 Interview 16, 65, 83, 22, 49.

39 Interview 39.

en dat rechters moeten samenwerken en elkaar ‘niet de loef afsteken’.⁴⁰ De hoogste rechter moet dus de kans krijgen om eerst zelf vragen te stellen en pas als hij ‘iets raars’ doet of er geen duidelijkheid verwacht kan worden, kan de rechtbank vragen stellen.⁴¹ Dit was bijvoorbeeld ook het geval in *Ghezelbash*, waar de Afdeling eerder had geoordeeld dat de nieuwe Dublin III-Verordening geen verandering wat betreft rechtsmiddelen met zich bracht.⁴² De rechtbank vond het daarom niet heel zinnig om de kwestie nogmaals naar de Afdeling door te schuiven en achtte een verwijzing zinniger, omdat zij twijfelde aan het oordeel van de Afdeling.⁴³

Het is lastig om aan te geven hoe groot de drie groepen zijn. Dat is het nadeel van deze schets op basis van een beperkt aantal interviews en uitspraken. De ‘activistische’ verwijzingen van vreemdelingenrechters (namelijk vier van de vijf) wekken misschien de indruk dat dit de norm is. Er zijn echter genoeg vreemdelingenrechters die nooit zouden verwijzen gezien de eerdere besproken taakopvatting van de rechters in de eerste ‘terughoudende’ groep. Dergelijke rechters volgen, in de ogen van een meer activistische rechter, dus ‘braaf’ de Afdeling.⁴⁴

Wel is het mogelijk om enkele verschillen tussen rechtsgebieden te identificeren. Zo konden er voor het belastingrecht⁴⁵ en het civiel recht⁴⁶ bijna geen gevallen van ‘omzeilen’ worden gevonden. Een belastingrechter die eerder een tijdje bij vreemdelingenrecht heeft gezeten erkende dat er meer tegenstellingen zijn in het vreemdelingenrecht, wat mogelijk ook voortkomt uit het feit dat vreemdelingenrechters ook lastiger hun persoonlijke moreel-ethische bezwaren opzij kunnen zetten en wel degelijk ‘ongelukkig’ kunnen worden van bepaalde uitspraken van de Afdeling. Ook is de verhouding tussen lagere vreemdelingenrechters en de Afdeling een stuk moeizamer gezien het jarenlange wantrouwen dat er is, hoewel dit wel minder is geworden.⁴⁷ Voor belastingzaken geldt dit niet en zijn rechters niet ‘blij’ of ontevreden met uitspraken (‘Ik slaap er geen nacht minder om’).⁴⁸ Daarnaast is er veel vertrouwen van lagere belastingrechters in de Hoge Raad, die relatief veel verwijst, volgens som-

mige lagere rechters zelfs te veel (zie paragraaf 4.1). Daardoor is er dus ook minder reden om te verwijzen vanwege strategische redenen.⁴⁹ Ook Van Alphen citeert een rechter die stelde: ‘De Hoge Raad is denk ik een fantastische rechter wat het Unierecht betreft. De raadsheren daar zijn ontzettend goed, ze zijn ontzettend getraind in het Unierecht.’⁵⁰ Vooral belastingrechters redeneerden dat het eerst aan de Hoge Raad is om zich over een kwestie uit te laten voordat de gang naar het HvJ gemaakt wordt. Alleen onder ‘bijzondere omstandigheden’, bijvoorbeeld als de Hoge Raad zich ‘vergaloppeert’ of ‘fout’ zou zitten of geen vragen stelt, zou een lagere rechter vragen moeten stellen.⁵¹ De terughoudendheid bij lagere belastingrechters komt ook duidelijk naar voren in tabel 1. Zo verwezen de 4 gerechtshoven en 5 rechtbanken die zich bezighouden met belastingrecht maar mondjesmaat, de douanezaken niet meegerekend waren het ‘slechts’ twee zaken.

Naast de verschillen tussen belastingrecht en vreemdelingenrecht komt uit tabel 1 ook een verschil naar voren tussen belastingrecht en het civiele recht. Ook dit zou weer samen kunnen hangen met het grotere vertrouwen in de Hoge Raad onder lagere belastingrechters. Een belastingrechter merkte bijvoorbeeld op dat een civiele collega van hem/haar verbaasd was over de grote mate van rekening houden met de Hoge Raad binnen de belastingrechtspraak.⁵² Een mogelijke tweede verklaring voor het verschil tussen belasting en civiel is dat belastingrechters al ruim dertig jaar gewend zijn om te werken met het EU-recht en ook gewend zijn om zelf EU-recht toe te passen, waardoor de neiging om vragen te stellen minder groot is.⁵³ Voor het civiele recht is het EU-recht een stuk nieuwer. Een civiele rechter voegde daaraan toe dat ‘hoe onbekender het terrein, hoe eerder er vragen worden gesteld’.⁵⁴ Ten derde, lijkt ook de afstemming die er binnen het LOVB en LOVBeL plaatsvindt middels het rondsturen van conceptvragen (zie paragraaf 2) ervoor te zorgen dat er iets meer ‘regie’ is binnen het belastingrecht en dat lagere belastingrechters zich daardoor wellicht terughoudender opstellen, terwijl er bij civiel nog

40 Interview 65, 22.

41 Interview 9, 14, 73, 83. Zo toonde een rechter zich kritisch over de vragen in HvJ EU, C-18/16 (K) waar de Afdeling zich nog niet over had uitgelaten en wat naar zijn/haar mening had moeten worden afgewacht. Interview 83. Ook een andere rechter zag niet altijd het nut in van verwijzingen door andere vreemdelingenrechters die hun rechtsvormende taak groter zien. Interview 14. R1, R2, R4 en R5 in Van Alphen 2017, p. 18-19.

42 ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4617, r.o. 5.2.

43 Rb. Den Haag 2 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1004, r.o. 25; interview 83.

44 Interview 93. Voor een verdere bespreking zie J. Krommendijk, ‘The preliminary reference dance between the CJEU and Dutch courts in the field of migration’, *European Journal of Legal Studies* 2018 (nog niet gepubliceerd).

45 Zie echter HvJ EU 9 september 2015, gevoegde zaken C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564 (X en Van Dijk). Zie eerder de vragen van het Gerechtshof Amsterdam in HvJ EG 18 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:615 (Van der Steen).

46 *Brite Strike* is ook mede verwezen omdat de rechtbank het niet eens was met het gerechtshof. Rb. Den Haag 13 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5716 (*Brite Strike*).

47 Zie ook R4, R5, R6, R7 in Van Alphen 2017, p. 20.

48 Interview 51.

49 Vgl. M. de Visser, ‘Veranderingen in de dialoog tussen Nederlandse rechters en het Hof van Justitie? De wet prejudiciële vragen en voorstel-Halsema gezien vanuit Europees en rechtsvergelijkend perspectief’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2012, p. 249-280, p. 261.

50 R3 en R8 in Van Alphen 2017, p. 17 en 31.

51 Als (enige) voorbeeld werd de verwijzing van het Gerechtshof Amsterdam in *Van der Steen* genoemd. Supra noot 46. Interview 14, 51. Zie ook M.E. van Hilten, ‘De moeizame verplichting van vragen. 50 jaar (Nederlandse) ervaring met de prejudiciële procedure in omzetbelasting en douanerecht’, *NTFR* 2015/321.

52 Interview 25, 51.

53 Zo vond de Rechtbank Noord-Nederland het niet nodig om vragen te stellen over het begrip ‘sportaccommodatie’ in relatie tot een evenementenbureau en een jachthaven wat betreft de omzetbelasting, wat van oudsher EU-recht is. Rb. Noord-Nederland 2 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6782, r.o. 6.7; Rb. Noord-Nederland 7 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3651.

54 Interview 86.

vaker een (enkelvoudige) rechter zonder enige afstemming een zaak verwijst. Als vragen namelijk aan nationale collega's worden gestuurd dan moet de verwijzende rechter 'met de billen bloot' richting zijn/haar nationale collega's, terwijl een rechter deze blootstelling kan voorkomen door de vragen direct aan het HvJ te sturen.⁵⁵ Dit was het geval in *Krijgsman*, waar de Gerechtscoördinator Europees recht (GCE) van de desbetreffende rechtbank geen weet had van het voornemen om vragen te stellen en hij/zij pas achter de verwijzing kwam toen de zaak aanhangig was bij het HvJ.⁵⁶

2. De opstelling van de hoogste rechters en de LOVB(eL)-aanbevelingen

Interessant om nog te bezien is hoe 'de' hoogste rechters de rol van de lagere rechter zien en welke 'afspraken' er zijn gemaakt tussen de lagere en de hoogste rechters dienaangaande. Binnen het bestuurs- en belastingrecht is er recentelijk het een en ander op papier vastgelegd in de eerdergenoemde aanbevelingen van het LOVB en LOVB(eL). In het civiele recht zou een vergelijkbare werkwijze in ontwikkeling zijn.⁵⁷ In de LOVB(eL)-werkwijze wordt benadrukt dat vragen 'bij voorkeur' door de hoogste rechter worden gesteld, hoewel daarbij wel wordt aangegeven dat deze voorkeur niet de bevoegdheid of verplichting van rechtbanken aantast. Dit stond oorspronkelijk ook in het LOVB-memo uit 2013, maar niet meer in de uiteindelijke aanbeveling. In die zin komt ook het hiervoor besproken verschil tussen belastingrecht en het bestuursrecht tot uitdrukking in beide aanbevelingen. De vrees dat de aanbevelingen de rechterlijke autonomie van lagere rechters aan zou tasten weerspraken verscheidene geïnterviewde rechters. Een rechter gaf wel aan dat er 'heftige' discussies in de LOVB-werkgroep hadden plaatsgehad, zeker ook omdat de tendens was 'eigenlijk moet de lagere rechter geen vragen stellen'.⁵⁸ De vraag is natuurlijk of lagere rechters zich ook laten leiden door deze aanbevelingen. Sommige rechters gaven aan dat ze zich hierdoor niet laten beïnvloeden. Een rechter stelde bijvoorbeeld: 'Als de Hoge Raad het signaal zou geven om vragen niet te stellen dan zou ik juist gas

geven om dat wel te doen.'⁵⁹ Een vreemdelingenrechter stelde dat de voorkeur die in het LOVB-memo voor verwijzing door de hoogste rechter wordt uitgesproken gezien moet worden als een aansporing dat de hoogste rechter zijn taak serieus neemt.⁶⁰ Tegelijkertijd erkende een rechter, enigszins grappend, dat er natuurlijk altijd wel op meer informele en subtiële wijze de druk is dat de kans om te gaan werken bij de Hoge Raad kleiner wordt met een verwijzing waarbij twijfel aan de hoogste rechter open op tafel wordt gelegd.⁶¹ Een andere rechter erkende ook dat het besef 'in de wandelgangen' dat de hoogste rechter zich niet met de bevoegdheid en onafhankelijkheid van de lagere rechter mag bemoeien niet altijd even helder is.⁶² Deze laatste observaties duiden erop dat er niet al te lichtzinnig over de beschreven voorkeur voor de hoogste rechters moet worden gedaan.

Dit laatste blijkt ook uit het feit dat deze voorkeur volgens sommige geïnterviewde rechters door de hoogste rechters op andere manieren wordt uitgedragen.⁶³ Twee belastingrechters van verschillende gerechten gaven aan dat op een congres een signaal is gegeven dat vragen vooral aan de Hoge Raad moeten worden overgelaten.⁶⁴ Voor een belastingrechter leidde deze opmerking tot een discussie binnen de raadkamer waardoor uiteindelijk besloten is om vragen die al in concept gereed waren toch maar niet te stellen. Dit was niet zozeer omdat de rechters zich geïntimideerd voelden 'vanuit een machtsrelatie', maar simpelweg omdat zij de visie van de Hoge Raad deelden op grond van een aantal argumenten die in paragraaf 3 aan bod komen.⁶⁵ Ook een civiele rechter sprak over een bijeenkomst waar een raadsheer in de Hoge Raad ont-raadde vragen te stellen.⁶⁶ Een vreemdelingenrechter proefde hetzelfde uit de vaak felle discussies in de LOVB-werkgroep terwijl een ander stelde dat hij/zij soms het gevoel had dat toestemming van de appelrechter nodig is om te verwijzen.⁶⁷ Uit deze korte uiteenzetting blijkt samenvattend en enigszins gechargeerd dat (sommige) hoogste rechters het liefst lagere rechters zoals die in de eerste en derde groep zien.

Naast de voorkeur die wordt uitgesproken in de aanbevelingen voor de hoogste rechter is een belangrijke gedachte achter de aanbevelingen om onverwachte 'rebellie' zoals in YS te voorkomen. Het doel is om ervoor te zorgen dat alle gerechten op de hoogte zijn van de voornemens van

55 Tijdens interviews bleken verscheidene (civiele) rechters namelijk niet op de hoogte van verwijzingen van collega's.

56 De vragende rechter had ook geen weet van de Aanbevelingen van het HvJ voor het opstellen van een verwijzing. Rb. Noord-Nederland 7 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4029 (*Krijgsman*).

57 Interview 16, 49.

58 Interview 39.

59 Een rechter (interview 93) stelde dat als de hoogste rechter zou aangeven dat er sprake zou zijn van een *acte clair*, dat dan zeker de wenkbrauwen zou doen fronsen. Interview 39, 93.

60 Interview 39.

61 Deze rechter erkende dat je met zo'n verwijzing 'geen vrienden' maakt. Interview 65. Zie ook M. Wind, D.S. Martinsen & G.P. Rotger, 'The uneven legal push for Europe: Questioning variation when national courts go to Europe', *European Union Politics* 2009, afl. 1, p. 63-88, p. 76; U. Jaremba, *Polish civil judiciary vis-à-vis the preliminary ruling procedure. In search for mid-range theories* (diss. Tilburg), 2012, p. 229.

62 Interview 39.

63 Sommige rechters waren echter niet bekend met dergelijke signalen of stelden dat de Hoge Raad juist een grotere rol voor lagere rechters ziet. Interview 35, 74, 83.

64 Interview 25, 51.

65 Interview 25.

66 Interview 29.

67 Interview 39 en 9.

andere gerechten om te verwijzen in het bestuurs- en belastingrecht.⁶⁸ Om die reden worden conceptvragen aan alle GCE's gestuurd door een stafmedewerker van het Landelijk Bureau Vakinhoud rechtspraak met de volgende inhoud: 'Hierbij informeer ik jullie over het voornemen van [gerecht] tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU. Mochten er bij jullie gerecht soortgelijke vragen spelen, dan wil ik jullie vragen om dit voor [datum] te laten weten (...) Het is nadrukkelijk niet de bedoeling om een inhoudelijk oordeel te geven over het voornemen.'⁶⁹ Ook tijdens interviews gaven rechters aan dat het idee niet is om inhoudelijk te reageren, maar louter andere gerechten de mogelijkheid te bieden aan te geven of vergelijkbare zaken spelen.⁷⁰ In de praktijk wordt dit ook wel eens gedaan, maar het is lastig na te gaan hoe vaak en hoe uitgebreid dit gebeurt.⁷¹ Wel kwam uit interviews naar voren dat dit voor douanezaken nog niet is gebeurd, althans niet vanuit de lagere rechters.⁷² Toch lijkt er, ondanks de stellige e-mail, enige ruimte voor inhoudelijke feedback te zijn. Sommige rechters gaven namelijk wel aan dat er feedback mag worden gegeven, zij het alleen tussen rechters op hetzelfde niveau of 'van laag naar hoog'.⁷³ De toon van dergelijke feedback zou zijn 'denk even goed na'.⁷⁴ Een rechter gaf aan dat er vanuit de rechtbank input is geleverd ten aanzien van prejudiciële vragen die door de Hoge Raad zijn gesteld door een toelichting te geven op de feitenomschrijving.⁷⁵ Ook een vreemdelingenrechter stelde dat hij/zij 'zich niet kon inhouden' en gereageerd heeft op conceptvragen van een andere rechtbank waarvan hij/zij het nut niet in zag.⁷⁶ Van Alphen verwijst zelfs naar een zaak waarin een rechtbank conceptvragen had rondgestuurd, maar uiteindelijk afzag van het stellen van deze vragen vanwege het vele commentaar.⁷⁷ Voorgaande stellingen en voorbeelden geven aan dat de werkwijze in de aanbevelingen een verdergaande werking heeft dan louter het informeren over vergelijkbare zaken die aanhangig zijn. Dit blijkt ook uit de reflecties op de werking van de aanbevelingen en het rondsturen van conceptvragen, die overigens voor het merendeel positief waren.⁷⁸ De aanbevelingen zouden namelijk voorkomen dat rechters 'over elkaar heen buitelen' of dat er 'dolksto-

ten' in de rug worden geplaatst.⁷⁹ Sommige rechters gaven de aanbevelingen ook een verdergaande werking door te stellen dat ze zouden 'voorkomen dat een enkelvoudige rechter onzin vragen gaat stellen' en dat ze verzekeren dat vragen 'gedragen' worden door de Nederlandse rechtspraak.⁸⁰ De aanbevelingen zouden ook garanderen dat de juiste vragen worden gesteld en ze voorkomen dat vergeten wordt vragen te stellen over een bepaald punt.⁸¹ De werkwijze geeft in die zin 'comfort' en tempert de angst bij lagere rechters dat ze iets gemist zouden hebben.⁸²

Ook stellen de aanbevelingen dat de verwijzingsbeslissing 'bij voorkeur' (LOVB) of 'zo mogelijk' (LOVBEL) door een meervoudige kamer moet worden genomen. Een enkelvoudige kamer zou dus de zaak naar een meervoudige kamer moeten verwijzen wanneer zij van plan is een vraag aan het HvJ te stellen. Een rechter, die zelf enkelvoudig heeft verwezen, gaf aan dat een meervoudige kamer inderdaad de voorkeur heeft omdat het als enkelvoudige rechter 'geen lolletje' is gezien het vele werk en de moeilijkheid van het schrijven van een verwijzingsuitspraak.⁸³ Overigens gaven alle geïnterviewde rechters die enkelvoudig hebben verwezen aan dat zij hun conceptvragen nog wel meerdere malen hebben voorgelegd en besproken met collega's.⁸⁴ Een uitzondering daarop lijkt echter de reeds genoemde verwijzing in *Krijgsman*.⁸⁵

3. Argumenten voor en tegen verwijzen door de lagere rechter

Wat zijn nu de verschillende argumenten voor en tegen het verwijzen in eerste of tweede instantie? De hiernavolgende bespiegeling is gebaseerd op een analyse van uitspraken waarin soms wordt ingegaan op de redenen om (niet) te verwijzen. Ook is er tijdens interviews nader gesproken over deze argumenten. Daarbij gold dat rechters die niet hebben verwezen, vaker 'nadelen' van 'vroeg' verwijzen noemden dan rechters die wel hebben verwezen.

68 Interview 74, 93.

69 E-mail van Joanne Bik van 22 september 2017.

70 Interview 93.

71 Een rechter had zijn vragen rondgestuurd en daar enkele reacties op gehad. Interview 14. Een rechter stelde dat er in de praktijk is gereageerd. Interview 55. R7 en R12 hadden ook commentaar ontvangen op conceptvragen maar hebben daar niets mee gedaan, Van Alphen 2017, p. 29.

72 Dit omdat het om steeds dezelfde drie colleges gaat. Interview 55, 65.

73 Interview 39. R6, R9 in Van Alphen 2017, p. 28.

74 Interview 14.

75 Interview 51.

76 Interview 83.

77 R3 in Van Alphen 2017, p. 29.

78 Interview 14, 39, 55, 93. Van Alphen refereert aan een rechter die zich niet kan vinden in het memo omdat de rechtbank zelf over het stellen van vragen gaat. R5 in Van Alphen 2017, p. 28.

79 Interview 55, 93.

80 Interview 55.

81 Interview 14.

82 Interview 14.

83 Interview 39.

84 Interview 8, 16, 49, 86. Vgl. R4, R5 in Van Alphen 2017, p. 28.

85 Supra noot 57.

Een eerste argument heeft betrekking op het feit dat de hoogste rechters meer ervaring, tijd en expertise (zouden) hebben om te verwijzen.⁸⁶ De Hoge Raad zou volgens sommige rechters bijvoorbeeld beter geëquipeerd zijn, onder meer gezien het wetenschappelijk bureau. Daardoor zijn er ook meerdere mensen betrokken bij een zaak; in veel gevallen ook een A-G die nog een advies schrijft op basis van een diepgaande analyse van literatuur en rechtspraak.⁸⁷ Als gevolg hiervan zou de Hoge Raad, maar bijvoorbeeld ook de Afdeling, de vragen ‘beter op papier krijgen’.⁸⁸ De Hoge Raad en de Afdeling kunnen ook meer de tijd nemen voor verwijzingen dan feitenrechters die onder een grotere tijdsdruk staan om binnen bepaalde termijnen uitspraak te doen.⁸⁹ Een enkele keer is dit argument ook door een lagere rechter in een uitspraak genoemd. Zo verwees de Rechtbank Zeeland-West-Brabant naar ‘het belang van een optimale vraagstelling en voorlichting aan het Hof van Justitie’ als reden gegeven voor haar keuze om een vraag van uitleg van EU-recht naar de Hoge Raad te verwijzen in plaats van naar het HvJ.⁹⁰ Dit argument lijkt breed te worden gedeeld door lagere rechters en wordt ook erkend door feitenrechters die zelf hebben verwezen. Tegelijkertijd erkende een rechter dat hij/zij echt geen slechtere vragen zou stellen, terwijl een andere rechter erkende dat hij/zij vast ‘knulliger’ vragen stelt, maar zich daardoor niet uit het veld liet slaan.⁹¹ In paragraaf 4 zal kort worden gereflecteerd op de vraag of lagere rechters inderdaad ‘knulligere’ vragen stellen.

Ten tweede hebben de hoogste rechters meer een regiefunctie en kunnen zij beter dan lagere rechters nagaan of bij andere gerechten vergelijkbare zaken spelen.⁹² Zeker als zaken bij verschillende gerechten spelen zou het ‘praktisch’ zijn om het verwijzen aan de hoogste rechter over te laten.⁹³ Een voorbeeld dat dit illustreert is de eerdergenoemde navorderingskwestie. Verscheidene rechtbanken en gerechtshoven hadden zich daar anders

over uitgelaten, terwijl sommige colleges ook erkenden dat er twijfel over de uitleg van het EU-recht was, maar het nadrukkelijk aan de Hoge Raad lieten om te verwijzen.⁹⁴ De Hoge Raad verwees deze kwestie uiteindelijk in één zaak die tevens speelde in zeven andere zaken in cassatie die werden aangehouden tot het antwoord van het HvJ. Ook al legde hij slechts één zaak voor aan het HvJ, het lijkt aannemelijk dat de Hoge Raad bij deze verwijzing profiteerde van de casuïstiek en eerdere uitspraken van lagere rechters in die acht zaken.⁹⁵ De Hoge Raad kan de meest geschikte zaak (of zaken) kiezen om te verwijzen. Ook in het vreemdelingenrecht is het een voordeel dat de Afdeling veel gemakkelijker zaken kan bundelen. Dit verkleint ook de kans dat, als één zaak wordt ingetrokken, omdat de IND bijvoorbeeld een verblijfsvergunning verleent, zoals in *Rajaby*, het HvJ geen uitspraak meer hoeft te doen.⁹⁶ Naast deze interne ‘regiefunctie’ kan ook nog een externe dimensie worden onderscheiden. Zo gaven verscheidene geïnterviewde rechters aan dat het goed is dat het verwijzen zo veel mogelijk ‘geconcentreerd’ gebeurt, ‘met één mond beleden’ ten behoeve van de rechtseenheid.⁹⁷ Dit is ook mede ingegeven vanuit het idee dat het goed is dat, gezien de werklust van het HvJ, het HvJ zo veel mogelijk wordt benaderd door een hoogste rechter.⁹⁸ Het HvJ zou volgens een rechter de vragen gesteld door een hoogste rechter ook serieuzer nemen aangezien het HvJ deze rechter niet voor het hoofd wil stoten.⁹⁹

Een derde argument om verwijzen aan de hoogste rechter over te laten is het idee van ‘uitkristalliseren’. In eerste of tweede instantie spelen er vaak nog veel rechtsvragen die nog niet uitgekristalliseerd zijn waardoor het niet altijd duidelijk is welke kant een zaak op gaat en welke aspecten op hoger niveau relevant zijn.¹⁰⁰ Zeker voor de rechter in eerste instantie is het eerst zaak om hierin ordening aan te brengen.¹⁰¹ Het kan dan zijn dat er een gevoel is dat ‘de discussie nog niet af is’ en er nog vragen

86 Interview 35, 51. Vgl. P. Kavelaars, ‘De positie van de rechterlijke macht in relatie tot het EU-recht’, in: J.P. Boer (red.), *Kwaliteit van belastingrechtspraak belicht. Liber amicorum aangeboden aan Prof. dr. A.O. Lubbers*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 127-136, p. 130.

87 Interview 51, 58, 74, 93. Dit voordeel werd genoemd in een noot bij de verwijzing in *Granton Advertising* (C-461/12) waarin het gerechtshof had nagelaten om de Granton kortingskaart precies te kwalificeren. Ook de A-G erkende dat de vraag mogelijk gebaseerd is op ‘onjuiste veronderstellingen’. V-N 2012/63.13. A-G J. Kokott in HvJ EU 12 juni 2014, C-461/12, ECLI:EU:C:2013:700, punt 46 (*Granton Advertising*). Vgl. R11 in Van Alphen 2017, p. 30.

88 Interview 35. Vgl. R3, R8 in Van Alphen 2017, p. 21-22.

89 Interview 83, 93. Vgl. R11 in Van Alphen 2017, p. 30.

90 Rb. Zeeland-West-Brabant 20 april 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2454, r.o. 4.18.

91 Interview 8.

92 Interview 51, 83. Vgl. R2, R3, R11 in Van Alphen 2017, p. 21-22 en 30; vgl. Kavelaars 2013, p. 130.

93 Interview 74.

94 Zie voor een verwijzing naar die diversiteit, Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:6140, r.o. 4.23.

95 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1110, 1189; HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:843, 960, 961, 962, 963, 984.

96 Interview 83.

97 Interview 58, 83. Vergelijk ook met Kelemen en Pavone die stellen dat de hoogste rechters in EU-lidstaten in toenemende mate gaan verwijzen juist om de consistentie en rechtszekerheid te garanderen in hun nationale rechtsordes. R.D. Kelemen & T. Pavone, ‘The European Court of Justice’s evolving relationship with national judiciaries’ (2017) (*nog niet gepubliceerd*), p. 6.

98 Interview 16.

99 Interview 51.

100 Interview 25, 29, 49, 58, 74.

101 Interview 74.

openstaan. Dit biedt onvoldoende basis om vragen aan het HvJ te stellen ('dan moeten we daar Luxemburg ook niet mee pesten').¹⁰² Ook kan het zijn dat de kwestie van al dan niet verwijzen pas in een latere instantie opkomt.¹⁰³ Het geschil kan zich in latere instantie ook zo ontwikkelen dat niet meer aan een bepaalde rechtsvraag wordt toegekomen, waarover dan in eerste instantie onnodig vragen gesteld zijn.¹⁰⁴ Of er is een risico dat niet alle noodzakelijke vragen gesteld worden.¹⁰⁵ Zo stelde de Hoge Raad in de navorderingszaak drie vragen, terwijl een gerecht dat prejudiciële vragen had overwogen maar één vraag voor ogen had.¹⁰⁶ Ook de verwijzing door de Rechtbank Den Haag in *Louboutin* is bekritiseerd vanuit het perspectief van efficiëntie, onder meer op grond van het feit dat de rechtbank een essentiële vraag niet zou hebben gesteld, waardoor vermoedelijk in een latere aanleg nog een keer naar het HvJ moet worden gestapt.¹⁰⁷ Dit is in de jaren '80 bijvoorbeeld voorgekomen in *Gaston Schul*. Deze zaak is tweemaal naar het HvJ verwezen, eerst door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en daarna nog in cassatie door de Hoge Raad, die stuitte op weer andere EU-rechtelijke punten dan het gerechtshof.¹⁰⁸ Naar verluidt heeft het gerechtshof jaren geen verwijzingen meer willen maken als gevolg van deze 'omissie'.¹⁰⁹ Zo'n dubbele verwijzing is echter wel uitzonderlijk. Enkele belastingrechters, die zelf niet hebben verwezen, erkenden echter wel dat mocht van meet af aan slechts één concrete en duidelijke vraag spelen het wellicht beter zou zijn om al eerder te verwijzen.¹¹⁰ Een vreemdelingenrechter betoogde hetzelfde mocht het gaan om 'een evident punt van EU-recht dat evident onduidelijk is'.¹¹¹ Vergelijkbare geluiden kwamen uit de civiele hoek.¹¹² Dit laatste wordt als zodanig ook door de Rechtbank Den Haag genoemd als een reden om juist wel te verwijzen

in eerste aanleg in de zaak *Vereniging Openbare Bibliotheken*. Zij stelde: 'De rechtbank acht het in dit geval ook gepast om de prejudiciële vraag al in eerste aanleg te stellen omdat enerzijds de relevante feiten niet in geschil zijn en anderzijds de te beantwoorden rechtsvraag een dermate principieel karakter heeft dat verwacht moet worden dat het geschil niet definitief kan worden beslecht zonder een uitspraak van de hoogste rechter.'¹¹³ Er zijn ook rechters die zelfs bij dergelijke concrete rechtsvragen, waarvan het duidelijk is dat deze tot prejudiciële vragen zouden moeten leiden, het nog steeds aan de hogere instantie laten om te verwijzen, mede ook vanwege het idee dat partijen toch altijd in hoger beroep gaan.¹¹⁴

Een vierde en vergelijkbaar argument heeft betrekking op de feiten. Bij de Hoge Raad liggen de feiten vast, terwijl die zeker in eerste instantie vaak nog in geschil zijn waardoor een vraag dan ook te vroeg kan komen.¹¹⁵ Ook een belastingrechter die betrokken is bij meerdere verwijzingen erkende dat dit een risico is en dat er in belastingzaken vaak nieuw materiaal opduikt waardoor gegevens onjuist blijken en je mogelijk niets hebt aan de verwijzing.¹¹⁶ Dit is dus duidelijk een aspect dat wordt meegewogen, ook door lagere rechters die niet onwelwillend staan tegenover verwijzen in eerste of tweede aanleg.¹¹⁷ Zo was verwijzing voor een belastingrechter makkelijker in een zaak waar er geen twijfel was over de volledigheid van (feitelijke) informatie en het idee bestond dat er niet later alsnog iets 'als een duveltje uit een doosje zou komen'.¹¹⁸ Er is echter wel de nodige discussie of het een voor- of nadeel voor verwijzing in laatste instantie is dat de feiten bij de Hoge Raad vaststaan. Een belastingrechter zag dit als voordeel aangezien partijen dan na een HvJ-uitspraak niet met nieuwe feitelijke stellingen kunnen komen.¹¹⁹ Twee rechters gaven echter aan dat dit juist

¹⁰² Interview 22.

¹⁰³ Vergelijk Rb. Noord-Nederland 23 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2941 met Hof Arnhem-Leeuwarden 19 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:216, r.o. 4.11.

¹⁰⁴ Interview 14, 58, 74. Zo overwoog de Rechtbank Midden-Nederland om te verwijzen. Er was echter nog wel twijfel over de voorvraag of het besluit überhaupt appellabel was. Uiteindelijk bleek uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat dit niet het geval was. Rb. Midden-Nederland 22 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4674, r.o. 4.

¹⁰⁵ Interview 65.

¹⁰⁶ Interview 25.

¹⁰⁷ D.J.G. Visser, 'Kroniek van de Intellectuele Eigendom', *NJB* 2016/744.

¹⁰⁸ HvJ EG 5 mei 1982, 15/81, ECLI:EU:C:1982:135 (*Gaston Schul*); HvJ EG 21 mei 1985, 47/84, ECLI:EU:C:1985:216 (*Gaston Schul II*).

¹⁰⁹ De eerste verwijzing sinds 1985 was door de Economische kamer van het gerechtshof in HvJ EG 2 juni 1994, gevoegde zaken C-401/92 en C-402/92, ECLI:EU:C:1994:220 (*Tankstation 't Heukske*). De eerste verwijzing door de Belastingkamer was meer dan tien jaar later in HvJ EG 11 augustus 1995, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:271 (*Wielockx*).

¹¹⁰ Een rechter (74) tekende daarbij wel aan dat dit bijna nooit zo is, wat ook nog door een andere belastingrechter (58) werd onderschreven. Interview 25, 58, 74.

¹¹¹ Interview 14.

¹¹² Interview 8, 16, 86.

¹¹³ Rb. Den Haag 3 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10962, r.o. 4.11 (*VOB*). Vgl. Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7543, r.o. 5.29.

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld ook *FNV Kiem* waarbij de Rechtbank Den Haag de 'centrale vraag' al had geïdentificeerd, maar daarover geen vragen wilde stellen, wat uiteindelijk door het gerechtshof is gedaan. Rb. Den Haag 27 oktober 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO3551, r.o. 4.1 en 4.9. Interview 29, 51, 58, 71.

¹¹⁵ Interview 14, 51, 58, 74. Vgl. voor een vergelijkbare overweging voor het niet stellen van vragen aan de Hoge Raad, Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2502, r.o. 4.1.

¹¹⁶ Interview 35.

¹¹⁷ Zie ook de eerdere constatering in *VOB* dat de 'relevante feiten niet in geschil zijn'. Rb. Den Haag 3 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10962, r.o. 4.11 (*VOB*); vgl. Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7543, r.o. 5.29.

¹¹⁸ Interview 35.

¹¹⁹ Interview 51.

een nadeel is. Als het HvJ de opdracht aan de verwijzende belastingrechter geeft om bepaalde feiten te verifiëren dan moet de Hoge Raad terugverwijzen naar een gerechtshof.¹²⁰ Het gerechtshof (of een rechtbank) kan echter onmiddellijk uitvoering geven aan zo'n opdracht van het HvJ waardoor sneller einduitspraak kan worden gedaan.¹²¹ Een vijfde argument heeft te maken met de snelheid. Hier staan twee visies tegenover elkaar. Enerzijds rechters die stelden dat het zaak is voor lagere rechters om zaken snel zelf af te doen zonder verwijzing zodat de zaak sneller de hoogste rechter bereikt, zelfs wanneer er een duidelijke EU-rechtelijke vraag op tafel ligt en het bijna zeker is dat er vragen gesteld moeten worden.¹²² Anderzijds het perspectief van de Rechtbank Den Haag in de zaak VOB: 'Een prejudiciële verwijzing van de rechtbank is de snelste manier om dat definitieve rechterlijke oordeel te verkrijgen.'¹²³ De Rechtbank Midden-Nederland herhaalde deze overweging uit VOB bijna een-op-een in een andere IE-zaak.¹²⁴ De Rechtbank Oost-Brabant ging ook zeer kort in op de vraag waarom zij 'reeds thans' de zaak aan Luxemburg voorlegt, namelijk vanuit het belang van de Nederlandse rechtspleging.¹²⁵ Partijen dringen soms ook aan op een verwijzing om redenen van proces-economie.¹²⁶ Een belastingrechter die betrokken is geweest bij meerdere verwijzingen redeneerde ook dat partijen en het bedrijfsleven belang hebben bij een verwijzing in een vroeg stadium omdat dat sneller definitieve duidelijkheid geeft.¹²⁷ Een bestuursrechter stelde eveneens dat als hij/zij aanvoelt dat de vraag op dezelfde manier bij de hoogste rechter terugkomt het beter is als de lagere rechter dan maar meteen verwijst.¹²⁸ Ook Van Alphen verwijst naar een rechter die meende: '(...) als ik op mijn klompen kan aanvoelen dat de Hoge Raad dit ook niet zelf gaat beslissen (...) dan kun je het eigenlijk niet maken, want je jaagt partijen gewoon een instantie verder.' Een andere rechter vond het ook goed dat justitiabelen 'heel snel hun gelijk of ongelijk kunnen halen via de eerstelijnsrechter'.¹²⁹ Kortom, zeker vanuit het perspectief van de justitiabele kan het juist beter zijn dat de lagere rechter verwijst, zodat al in eerste (of tweede) aanleg tot

definitieve geschilbeslechting kan worden gekomen.¹³⁰ Dit voorkomt ook dat een zaak 'jarenlang van instantie naar instantie' gaat, zoals een civiele rechter, als voorbeeld van onnodige vertraging, stelde over de *Thuis kopieheffing*-zaak.¹³¹ Deze zaak draaide om de vraag of een Duitse onderneming die blanco informatiedragers in Nederland verkocht, daarvoor de thuis kopieheffing moest afdragen aan de Stichting Thuis kopie, die in 1990 in het leven is gesteld om auteursrechthebbers te compenseren voor schade als gevolg van kopiëren voor privégebruik. De rechtbank (in 2005) en het gerechtshof (in 2007) gaven Opus gelijk aangezien Opus geen 'importeur' zou zijn in de zin van art. 16c lid 2 Auteurswet. Het gerechtshof achtte daarbij de Auteursrecht richtlijn weinig relevant omdat die niet voorziet in de wijze waarop de billijke vergoeding moet worden geïnd en de Auteurswet ouder is dan de richtlijn.¹³² De Hoge Raad (in 2009) plaatste terecht vraagtekens bij de verenigbaarheid van beide vonnissen met de Auteursrecht richtlijn en verwees om die reden naar het HvJ.¹³³ Het HvJ (in 2011) achtte die zorgen terecht en oordeelde kort gezegd dat de Duitse onderneming wel degelijk een heffing moest afdragen.¹³⁴ De Hoge Raad (in 2012) vernietigde het vonnis en verwees de zaak voor verdere behandeling naar het Gerechtshof Amsterdam, waar het overigens nooit van is gekomen. Deze korte schets illustreert dat wanneer, zoals een rechter ook betoogde, eerder was verwezen enorm veel tijd en onnodige proceskosten zouden zijn bespaard omdat er dan sneller definitieve duidelijkheid was gekomen.¹³⁵ Het lijkt dat er ook eerder verwezen had kunnen worden, aangezien de rechtsvraag in eerste instantie tamelijk duidelijk was. Een zesde argument heeft betrekking op de aan te houden zaken. Ook ten aanzien van dit punt kijken rechters er anders tegenaan, afhankelijk van wat het perspectief is: het eigen rechtscollege of de totale rechtspleging. Vanuit dit laatste perspectief kan gesteld worden dat een voordeel van verwijzen door lagere rechters is dat niet noodzakelijkerwijs alle vergelijkbare zaken bij andere lagere rechters moeten worden aangehouden. Zo zag de Rechtbank

120 Interview 93. Dit was ook de reden dat A-G R.E.C.M. Niessen bij de Belastingkamer van de Hoge Raad voorstelde om de zaak eerst weer terug naar het gerechtshof te verwijzen voordat vragen zouden moeten worden gesteld aan het HvJ, namelijk om alle openstaande feitelijke kwesties op te lossen, ECLI:NL:PHR:2014:1761. De zaak *Kik* is ook door de Hoge Raad terugverwezen naar het Gerechtshof Amsterdam. HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2986.

121 Interview 86, 93.

122 Interview 51, 58, 71.

123 Rb. Den Haag 3 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10962, r.o. 4.11 (VOB). Vgl. Rb. Den Haag 12 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7543, r.o. 5.29.

124 Rb. Midden-Nederland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4343, r.o. 6.15 en 6.32 (*Stichting Brein*).

125 Zie de verwijzingsuitspraak van HvJ EU 21 juni 2013 in C-369/13 (*Gielen*) (niet gepubliceerd).

126 Rb. Den Haag 11 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:218, r.o. 4.2.5.

127 Interview 55; vgl. Kavelaars 2013, p. 130.

128 Interview 9.

129 Van Alphen 2017, p. 27.

130 Zie echter Van Hilten die stelt dat er vaak geen tijdswinst is, omdat er vaak toch nog cassatie in wordt gesteld nadat een lagere rechter heeft verwezen. Van Hilten, *NTFR* 2015/3211.

131 Interview 8.

132 Hof Den Haag 12 juli 2007, KG ZA 05/925 (ECLI-nummer onbekend), r.o. 7.

133 HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6320.

134 HvJ EU 16 juni 2011, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397 (*Stichting de Thuis kopie*).

135 Aan de andere kant kan gesteld worden dat de vergaande HvJ-uitspraak al een verrassing was en niet voorzien kon worden. Achteraf is het altijd makkelijk(er) oordelen.

Den Haag geen reden om een vreemdelingenzaak aan te houden vanwege vragen van de Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Haarlem.¹³⁶ Als de hoogste rechter verwijst zullen lagere rechters daarentegen eerder geneigd zijn om vergelijkbare zaken aan te houden.¹³⁷ Het is onduidelijk hoe groot dit 'voordeel' is, aangezien in veel gevallen ook lagere rechters hun zaken aanhouden wanneer andere lagere rechters hebben verwezen. Vanuit het perspectief van het eigen rechtscollege is er echter de prikkel om niet te verwijzen bij de rechter die geconfronteerd wordt met de verwijzingsvraag. Zo schetste een rechter het probleem dat wanneer de eigen rechtbank verwijst er bij die rechtbank vergelijkbare zaken worden aangehouden.¹³⁸ Door niet te verwijzen kunnen die zaken worden 'doorgegooid' naar de hogerberoepsrechter.¹³⁹ Deze rechter erkende dat dit doorschuiven ook samenhangt met het feit dat er personeelstekorten zijn en veel werk met weinig mensen wordt gedaan.¹⁴⁰

Op veel van bovenstaande zes punten, zeker de laatste vier, verschillen rechters dus (fundamenteel) van mening. Het blijkt in ieder geval dat alle rechters, ook die in beginsel bereid zijn om te verwijzen, meewegen of alle feiten en rechtsvragen duidelijk zijn. Wederom is het lastig om op basis van de interviews na te gaan hoe (alle) lagere rechters over bovenstaande argumenten denken. Om de hiervoor genoemde argumenten toch in een perspectief te plaatsen zullen in de laatste paragraaf de verwijzingen van lagere rechters nader worden vergeleken met die van de hoogste rechters en op grond daarvan zal worden bekeken of een terughoudendere opstelling van lagere rechters gewenst is.

4. De kwaliteit van verwijzingen door de lagere rechter

Hiervoor kwam naar voren dat sommige hoogste rechters menen dat verwijzen het beste door hen kan gebeuren (paragraaf 2). Dit vooral ook gezien het eerste argument dat de hoogste rechters meer ervaring, tijd en expertise hebben en het HvJ beschermd zou moeten worden tegen onnodige vragen (paragraaf 3). In deze paragraaf zal worden nagegaan of het primaat om te verwijzen inderdaad bij de hoogste rechters zou moeten liggen. Om deze

meer normatieve vraag te beantwoorden zullen, allereerst, de verwijzingen van lagere rechters worden geanalyseerd in het licht van de eisen die het Reglement voor de procesvoering van het HvJ aan verwijzingen stelt (paragraaf 4.1).¹⁴¹ Op grond van een drietal indicatoren wordt bekeken of lagere rechters vaker 'onnodig' verwijzen dan de hoogste rechters. Deze analyse neemt het perspectief van het HvJ als uitgangspunt, en het idee dat verwijzingen moeten voldoen aan de 'eisen' die het HvJ daaraan stelt opdat onnodige vragen worden voorkomen. Ten tweede zal aan de hand van deze analyse worden nagegaan of lagere rechters inderdaad terughoudender moeten zijn zoals de onderstaande analyse op het eerste gezicht lijkt te suggereren (paragraaf 4.2).

4.1. De verwijzingen van lagere rechters vergeleken met die van de hoogste rechters

Allereerst valt op bij een vergelijking van de verwijzingsuitspraken van lagere en hoogste rechters dat er meer verwijzingen van lagere rechters zijn die een stuk korter zijn dan die van de hoogste rechters.¹⁴² Ook bevatten zij soms geen verwijzing naar HvJ-jurisprudentie.¹⁴³ Een goed voorbeeld van beide punten is de verwijzing van de Rechtbank Noord-Nederland in *Krijgsman* over compensatie bij vertraagde vluchten. Deze verwijzing is uiterst kort, 3,5 pagina's, en verwijst ook niet naar eerdere HvJ-jurisprudentie, terwijl die ruim voorhanden is.¹⁴⁴ De volgende anekdote illustreert ook dat verwijzingen van lagere rechters niet altijd even goed in elkaar steken. Bij het Gerechtshof Amsterdam deed namelijk het verhaal de ronde over een traumatische ervaring waarbij de verwijzing door het gerechtshof niet werd begrepen in Luxemburg en dus weer ingetrokken werd, maar pas nadat de vraag in Luxemburg in meerdere talen vertaald was.¹⁴⁵

Stellen lagere rechters vaker 'onnodig' vragen? Een eerste indicatie daarvoor zou de hoeveelheid zaken zijn die zonder conclusie van een A-G is afgedaan.¹⁴⁶ Als er door het HvJ wordt besloten om een A-G geen conclusie te laten nemen, dan betekent dat namelijk dat er ingevolge art. 20 van het Statuut 'geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is'. Tabel 2 laat zien dat 'maar' 45% van de door gerechtshoven verwezen zaken in de periode 2013-2016 van een advies van een A-G is voorzien. Voor rechtbanken

¹³⁶ Rb. Den Haag 24 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5937, r.o. 2.6.

¹³⁷ Vgl. De Werd: '(...) tegen de tijd dat strafzaken bij de Hoge Raad aankomen, gaan ook de aantallen meewegen.' M. de Werd, 'Europees strafrecht vraagt om méér regie van rechters', *NJB* 2017/1459; J. Langer, 'Wie is er bang voor de prejudiciële procedure', *Strafblad* 2017, afl. 3, p. 234.

¹³⁸ Dit gebeurt echter ook niet altijd. Zie bijv. Rb. Amsterdam 13 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6924, r.o. 4 en 6.

¹³⁹ Interview 25.

¹⁴⁰ Interview 25.

¹⁴¹ Voor een goede uiteenzetting van hoe het HvJ verwijzingen graag ziet, zie J.J.A. Coumans, 'Tips voor de redactie van verzoeken om een prejudiciële beslissing', *Trema* 2017, afl. 10.

¹⁴² Zie bijv. de verwijzingsuitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant in HvJ EU, C-369/13 (*Gielen*). Zie echter Hof Amsterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8717 (*SCA Group Holding*).

¹⁴³ HvJ EU, C-369/13 (*Gielen*); of Hof Den Haag 9 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5381 (*FNV Kiem*); Rb. Den Haag 9 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2350 (*Louboutin*).

¹⁴⁴ Rb. Noord-Nederland 7 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4029 (*Krijgsman*).

¹⁴⁵ Niet kon worden nagegaan om welke zaak het ging, wellicht ook omdat de uitspraak niet is gepubliceerd. Verwezen werd naar deze anekdote tijdens een bijeenkomst op 9 oktober 2016.

¹⁴⁶ Een voorbeeld van zo'n zaak uit 2012 is de verwijzing van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in een BPM-zaak (HvJ EU, C-437/12). Zo worden ook in de literatuur vraagtekens geplaatst bij de noodzaak van vragen. Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9463, *V-N* 2012/62.12.

ligt dit nog net iets hoger met 60%. Het verschil met de hoogste bestuursrechters is groot (de Afdeling 94%, CRvB 91% en CBb 89%) en iets minder met de Civiele kamer van de Hoge Raad (82%). Interessant genoeg ligt dit voor de Belastingkamer een stuk lager met 66%. Maar liefst 12 van de 35 verwezen zaken, waarvan er 6 indelingszaken betroffen, is afgedaan zonder advies van de A-G. Dit laatste komt overigens overeen met het beeld op basis van de interviews. Twee lagere rechters stelden namelijk heel stellig dat de Belastingkamer te veel en te gemakkelijk vragen stelt, terwijl een ander erkende dat dit 'soms misschien wel' het geval is.¹⁴⁷ Zo vonden sommige rechters het weinig nuttig om bepaalde zaken, zoals *Sonos* en *Sprengen*, te verwijzen aangezien in deze zaken beide feitenrechters op één lijn zaten en hun oordeel ook gedeeld werd door de A-G van de Hoge Raad.¹⁴⁸ Een rechter stelde dat het HvJ dit ook 'fijntjes' zou hebben duidelijk gemaakt aan de Hoge Raad onder het mom van 'Ben je daar alweer?' door het kort afdoen van de vragen zonder advies van de A-G.¹⁴⁹ Uit dit laatste blijkt dat rechters zelf ook vaak de manier van afdoening door het HvJ als indicatie voor de relevantie van de vragen zien.

Tabel 2. Overzicht van HvJ-uitspraken en de manier waarop die zijn afgedaan

	Uitspraak HvJ met A-G	
	Conclusie	
	n ¹⁵⁰	%
Rechtbanken	15	60%
Gerechtshoven	9	45%
ABRvS	16	94%
CRvB	11	91%
CBb	9	89%
Belastingkamer HR	35	66%
Civiele kamer HR	11	82%
Strafkamer HR	1	100%

Een tweede indicatie voor een onnodige vraag is wanneer het HvJ op grond van art. 99 van het Reglement voor de procesvoering uitspraak doet bij met redenen omklede beschikking aangezien de 'gestelde prejudiciële vraag identiek is aan een vraag waarover het Hof reeds uitspraak heeft gedaan, wanneer het antwoord op een der-

gelijke vraag duidelijk uit de rechtspraak kan worden afgeleid of wanneer over het antwoord op een prejudiciële vraag redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan'. Het HvJ heeft sinds 2000 slechts tien vragen van Nederlandse rechters op deze manier afgedaan. Zeven vragen kwamen van lagere rechters, twee van de Belastingkamer van de Hoge Raad en een van de Afdeling. Het HvJ geeft nog nadrukkelijker een tik op de vingers wanneer het een verwijzing niet-ontvankelijk verklaart. Dit is voor Nederland zeldzaam en is sinds 2000 slechts één keer voorgevallen. Dit was een verwijzing van de Rechtbank Rotterdam, omdat deze niet voldoende feitelijke gegevens had aangeleverd en ook niet in staat was om vragen van het HvJ daarover tijdig te beantwoorden.¹⁵¹ In die zin ondersteunen deze cijfers dus ook de voorgaande stelling dat lagere rechters vaker onnodig verwijzen. Dit beeld geldt niet alleen voor Nederland, maar Kelemen en Pavone laten zien dat verwijzingen van lagere rechters in de EU vaker op deze twee manieren worden afgedaan door het HvJ.¹⁵²

Een derde indicatie zijn de 'toon' en aanpak van het HvJ en de A-G. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om alle verwijzingen op deze manier te vergelijken, maar mijn indruk is dat er vaker iets 'mis' is met de verwijzingen van lagere rechters dan met die van de hoogste.¹⁵³ Dit lijkt ook te worden bevestigd door de literatuur waarin vaker vraagtekens worden gesteld bij het nut van bepaalde vragen van lagere rechters.¹⁵⁴ Zo gaf het HvJ de Amsterdamse kantonrechter een 'tik' op de vingers in een erg kort arrest met 18 rechtsoverwegingen. Hoewel het HvJ tegenwoordig bijna alle vragen herformuleert onder het mom van 'de verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen (...)', was het HvJ dwingend in deze zaak en stelde dat 'het geheel van de tien vragen (...) dient' te worden geherformuleerd om te komen tot een nuttig antwoord.¹⁵⁵ Ook gebruikte het HvJ passages zoals 'dient in herinnering te worden gebracht' en 'blijkt uit de rechtspraak' waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de kwestie vrij duidelijk was en de rechtbank wellicht zelf een poging tot uitleg had kunnen doen.¹⁵⁶ Het HvJ deed dit nog veel nadrukkelijker in het eerdergenoemde arrest *Krijgsman* dat eveneens een *Sturgeon*-schadevergoedings-

¹⁴⁷ Interview 22, 65 en 35.

¹⁴⁸ HvJ EU 17 maart 2016, C-84/15, ECLI:EU:C:2016:184 (*Sonos*); HvJ EU 14 juli 2016, C-97/15, ECLI:EU:C:2016:556 (*Sprengen*). Interview 35. Hetzelfde is gezegd over o.m. HvJ EU 8 december 2016, C-600/15, ECLI:EU:C:2016:937 (*Lemnis Lightning*). Interview 65.

¹⁴⁹ Interview 65.

¹⁵⁰ Hiervoor hebben alleen de uitspraken meegedaan waarin het HvJ uitspraak heeft gedaan. Ingetrokken zaken zijn dus niet meegerekend. Gevoegde zaken zijn ook als één zaak geteld. Ook zijn de verwijzingen van de IRK niet opgenomen in deze tabel.

¹⁵¹ HvJ EU 14 maart 2013, C-240/12, ECLI:EU:C:2013:173 (*EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais*).

¹⁵² Kelemen & Pavone 2017, p. 20-21.

¹⁵³ Zo is ook gesteld dat het antwoord op de eerste vraag in *Arts* evident is. Ook werden er vraagtekens gesteld bij de tweede vraag die zou gaan om de toepassing van het Nederlandse BW en niet zozeer de uitleg van het EU-recht. De uitspraak van het HvJ, met drie rechters zonder A-G, was ook uiterst kort met 12 overwegingen. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3097, *TvAR* 2016/5843, m.nt. Bruil. HvJ EU 9 november 2017, C-227/16, ECLI:EU:C:2017:842 (*Arts*).

¹⁵⁴ Zie bijvoorbeeld de kritiek op de verwijzing in *Grantont Advertising* (HvJ EU, C-461/12). En de manier waarop de Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Haarlem, haar vragen had ingestoken in HvJ EU, C-18/16 (*K*). Den Heijer & Krommendijk onder *EHRC* 2017/200.

¹⁵⁵ Tegelijkertijd dient hierbij te worden aangegeven dat het de kantonrechter er met name om te doen was om de 'interpretatieproblemen' en problemen bij de praktische uitvoering van de *Sturgeon*- en *Wallentin*-rechtspraak aan de kaak te stellen. De betrokken rechter vond *Sturgeon* niet wenselijk omdat het aan de EU-wetgever in plaats van een rechter zou zijn om dit te regelen. Rb. Amsterdam 29 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4311, r.o. 6 en 7. HvJ EU 17 september 2015, C-257/14, ECLI:EU:C:2015:618, r.o. 32-33 (*Van der Lans*).

¹⁵⁶ HvJ EU 17 september 2015, C-257/14, ECLI:EU:C:2015:618, r.o. 35-36 (*Van der Lans*). Vgl. Meijer die stelt dat de rechtbank naar de bekende weg vraagt. P.N. Meijer, 'Compensatie: óók bij onverwachte technische problemen!', *Contracteren* 2014, afl. 4, p. 119-128, 122. Vgl. *Prg*. 2015/307.

kwestie betrof door te verwijzen naar de ‘heldere bewoordingen’ van de bepalingen van de Verordening.¹⁵⁷

4.2. Een terughoudender opstelling van lagere rechters gewenst?

Voorgaande analyse lijkt te suggereren dat het primaat wat betreft verwijzen bij de hoogste rechter moet liggen en dat lagere rechters minder vragen moeten stellen. Deze conclusie lijkt echter een brug te ver, ook omdat voorgaande analyse louter vanuit het perspectief van het HvJ is uitgevoerd. In deze paragraaf zullen kort drie kanttekeningen worden geplaatst.

Ten eerste laat de analyse zien dat bepaalde verwijzingen misschien (achteraf) overbodig blijken, maar dat is een kleine minderheid. Daar komt nog eens bij dat er ook verwijzingen van lagere rechters zijn die door de Grote kamer van het HvJ zijn behandeld, zelfs drie van rechtbanken, namelijk *Ghezelbash*, *Louboutin* en *K*. Tegelijkertijd zijn verwijzingen door de hoogste rechter ook niet vrij van alle ‘blaam’, zoals de eerdere bespreking van de verwijzingen van de Belastingkamer suggereert.¹⁵⁸ Het feit dat er enkele verwijzingen van lagere rechters zijn die misschien niet helemaal volgens het boekje zijn of onderzoeken voor verwijzingen van de hoogste rechters is niet zo vreemd gezien het feit dat die laatste ‘repeat-players’ zijn en veel meer ervaring en mankracht hebben, zoals eerder gesignaleerd (zie het eerste argument in paragraaf 3).

Ten tweede zijn er ook evenzoveel gevallen waarin lagere rechters juist iets meer ‘durf’ zouden kunnen tonen en vertrouwen kunnen hebben in hun eigen vermogen om een verwijzing op te stellen. Dit wordt bijvoorbeeld goed duidelijk als wordt gekeken naar enkele prejudiciële vragen die lagere rechters aan de Hoge Raad hebben gesteld in het civiele recht en het belastingrecht. Het is namelijk al in een aantal gevallen voorgekomen dat lagere rechters vragen aan de Hoge Raad stelden, waarin ook de uitleg van het EU-recht een rol speelde, en die door de Hoge Raad vervolgens zijn ‘doorgespeeld’ naar het HvJ.¹⁵⁹ In *Synthon*, een zaak over exhibitievorderingen en de Handhavingsrichtlijn, herformuleerde de Hoge Raad vier van de vijf vragen van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, maar zonder dat daarmee de strekking verloren lijkt te zijn gegaan.¹⁶⁰ Hetzelfde was het geval bij *Massar* over de vraag of rechtsbijstand ook geldt voor de administratieve procedure bij het UWV.¹⁶¹ Vergelijkbare observaties kunnen worden gemaakt bij drie door de Hoge Raad doorgespeelde belastingrechtelijke vragen van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.¹⁶² Hoewel vier van de vijf zaken nog niet zijn beslist door het HvJ, lijkt het aanne-

melijk dat het HvJ met nagenoeg dezelfde uitspraak zou zijn gekomen als het meteen de verwijzingen van de lagere rechters had gekregen, mede gezien de standaardpraktijk om vragen zo te herformuleren dat zij leiden tot een nuttig antwoord voor de verwijzende rechter. Deze ‘nationale’ vragen illustreren dus dat lagere rechters wel degelijk voldoende geëquipeerd zijn om te verwijzen en zich niet al te veel door bovenstaande ‘indicaties’ moeten laten leiden, zeker ook omdat het vanuit het EU-recht wenselijk zou zijn dat een vraag zo snel mogelijk wordt voorgelegd en niet pas na jaren door de hoogste rechter. Ten derde, vanuit het perspectief van effectieve rechtsbescherming en de positie van partijen zou men juist kunnen betogen dat er eerder door lagere rechters zou moeten worden verwezen, in lijn met het vijfde argument over de snelheid. Vanuit dit perspectief kan het juist beter zijn dat de lagere rechter in zijn zaak een vraag stelt, zodat al eerder tot definitieve geschilbeslechting kan worden gekomen. Wellicht dat dit perspectief ook deels de eerdergenoemde andere positie van het belastingrecht ten opzichte van het vreemdelingenrecht, en in mindere mate het civiele recht, kan verklaren. Zo zou beargumenteerd kunnen worden dat rechters in een vreemdelingenzaak, waar het vaak gaat om een verblijfsrecht van personen, het wenselijker vinden vanuit dit rechtsbeschermingsperspectief om snel (definitieve) duidelijkheid te krijgen. Daarentegen is soms een langere procedureduur voor justitiabelen in belastingzaken minder erg, omdat het vaak uitstel van betaling betekent. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om hier uitgebreid op in te gaan.¹⁶³

Er zijn kortom dus genoeg goede argumenten voor lagere rechters om zich niet terughoudender op te stellen en het verwijzen geheel aan de hogere rechters over te laten. Wat voorgaande vergelijking illustreert, is dat lagere rechters echter niet te lichtzinnig over een verwijzing moeten denken gezien de grote hoeveelheid werk voor hen en voor het HvJ. Mocht besloten worden om te verwijzen, dan dienen lagere rechters dus ook nauwgezet de Aanbevelingen van het HvJ te volgen om te garanderen dat alle noodzakelijke elementen worden opgenomen.

5. Conclusie

In dit artikel is ingegaan op de vraag wat de rol van lagere rechters is, en zou moeten zijn, ten opzichte van de hoogste rechter als het gaat om verwijzen naar het HvJ. Dit artikel beschreef drie typen rechters: ‘terughoudende’ rechters die verwijzen aan de hoogste rechter overlaten;

157 HvJ EU 11 mei 2017, C-302/16, ECLI:EU:C:2017:359 (*Krijgsman*).

158 Zie echter de verwijzing van de Hoge Raad in *Miljoen*, waarover A-G N. Jääskinen stelde dat deze ‘de grens van niet-ontvankelijkheid’ nadert. Conclusie A-G N. Jääskinen, C-10/14, ECLI:EU:C:2015:429, punt 40 (*Miljoen*).

159 Zie hierover J. Krommendijk, ‘Samenloop van de nationale en EU prejudiciële procedure: Straight to the top of een hink-stap-sprong?’ (2018) (nog niet gepubliceerd).

160 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7521 met HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthon*).

161 Vgl. Rb. Amsterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1920 met HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901.

162 HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2681; HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:342, 346.

163 Zie verder J. Krommendijk, ‘Van Middelburg tot Almelo; Het hoe en waarom van verwijzen naar het HvJ door lagere rechters’ (2018) (nog niet gepubliceerd).

‘enthousiaste’ en soms ‘activistische’ rechters die niet onwelwillend tegenover verwijzen staan en dit soms ook doen; en rechters die een middenpositie innemen en pas serieus willen nadenken over verwijzen als eerst de hoogste rechter aan zet is geweest (paragraaf 1). Het lijkt erop dat de hoogste rechters niet echt zitten te wachten op rechters in de tweede groep. Dit blijkt ook uit de besproken aanbevelingen van het LOVB en LOVBeL waarin een (impliciete) voorkeur voor verwijzing door de hoogste rechter wordt uitgesproken. Ook informeel is de boodschap van sommige hoogste rechters dat verwijzen het beste door hen kan gebeuren (paragraaf 2). In de inleiding werd gesuggereerd dat deze beperkte rol voor Nederlandse lagere rechters uniek is in vergelijking met andere EU-lidstaten. Een recente studie van Kelemen en Pavone plaatst deze bevinding in een ander daglicht. Zij wijzen erop dat het aandeel van lagere rechters ook in andere EU-lidstaten aan het dalen is, omdat de hoogste rechters gaandeweg bereidwilliger zijn geworden om de doorwerking van het EU-recht te accepteren en tegelijkertijd zelf een grotere controle daarover willen hebben. Zij hebben

het in deze context zelfs over een ‘reconquista’ door de hoogste rechter.¹⁶⁴ In die zin kan misschien wel gesteld worden dat andere EU-lidstaten tenderen naar het ‘Nederlandse model’.

Voor het overlaten van verwijzen aan de hoogste rechter zijn inderdaad enkele goede argumenten te geven, zeker in zaken waarin in eerste en tweede aanleg de feiten en rechtsvragen nog niet zijn uitgekristalliseerd (paragraaf 3). Tegelijkertijd zijn er goede argumenten voor een vroege verwijzing door de lagere rechter te geven, vooral wanneer de feiten en rechtsvragen wel duidelijk zijn. Verwijzing door lagere rechters heeft namelijk een groot voordeel dat een antwoord eerder komt en partijen niet noodzakelijkerwijs helemaal door moeten tot de hoogste rechter (paragraaf 3 en 4.2). De effectieve werking van het EU-recht is er ook bij gebaat dat EU-rechtelijke vragen zo snel mogelijk aan het HvJ worden voorgelegd en niet pas na vele jaren door de hoogste rechter. Eventuele – vaak sporadische – missers door lagere rechters in de vorm van gebrekkig verwijzen (paragraaf 4.1) moeten dan maar op de koop toe worden genomen.

164 Kelemen & Pavone 2017.